

## EL RECURSO DIRECTO: ENTRE PROTECCIÓN JURÍDICA Y CONSTITUCIONALIDAD OBJETIVA \*

OTTO PFERSMANN

*Catedrático de Derecho Constitucional*

*Universidad de París I (Panteón-Sorbona)*

### SUMARIO

- I. El polilema de la justicia constitucional.
- II. La ampliación aleatoria del recurso contra actos individuales.
- III. El debilitamiento del Estado de Derecho exhaustivo.
- IV. Precisar las preferencias.

El acceso de las persona al juez constitucional es uno de los temas más agriamente debatidos en la política constitucional y de los menos estudiados en Derecho Comparado. Que el individuo pueda dirigirse sin intermediarios a la instancia que puede anular la ley, «expresión de la voluntad general», emblema normativo de la voluntad política, que cualquiera pueda, se dice, poner en cuestión la norma general por excelencia, parece provocar vértigo, excitante para unos y angustioso para otros. Que el problema es importante, nadie lo discute: mostrar que las metáforas pasionales se inspiran generalmente en una presentación demasiado rápida y reductora constituye la motivación y la *tesis crítica y negativa* de este trabajo.

Un análisis de tres experiencias nacionales (Alemania, Austria, España) y una reflexión prospectiva (Francia)<sup>1</sup> muestra ciertamente incompleta pero muy signifi-

\* Traducción de Carlos Ruiz Miguel.

<sup>1</sup> A. DITTMAN, «Le recours constitutionnel en droit allemand», *Cabiers du Conseil Constitutionnel* n.º 10 (2001), p. 72 ss.; G. KUCSKO-STADLMAIER, «Les recours individuels devant la Cour constitutionnelle en droit constitutionnel autrichien», *Cabiers du Conseil Constitutionnel* n.º 10 (2001), p. 82 ss.; C. RUIZ MIGUEL, «L'amparo constitutionnel en Espagne: droit et politique», *Cabiers du Conseil Constitutionnel* n.º 10 (2001), p. 90 ss. [existe una traducción y actualización española de este trabajo, «El amparo constitucional en España: Derecho y Política», en Carlos Ruiz Miguel, *Derechos fundamentales y Derecho Procesal Constitucional. Transformación, evolución, transmutación*, Porrúa, México, 2014, p. 61-97]; L. FAVOREU, «Sur l'introduction hypothétique du recours individuel devant le Conseil constitutionnel», *Cabiers du Conseil Constitutionnel* n.º 10 (2001), p. 99 ss.

cativa, permite llevar al debate algunos elementos de una *tesis positiva*; cada sistema opera una elección entre varios aspectos del Estado de Derecho y esa elección resulta, bien de la organización de presiones fácticas no previstas o no reconocidas, o bien de una decisión deliberada.

Un cuadro verdaderamente exhaustivo<sup>2</sup> debería evidentemente incluir también a Bélgica, sistema muy original donde las personas pueden muy fácilmente cuestionar la ley, aunque pueden alegar muy pocos derechos fundamentales. Tampoco se puede olvidar el caso de Portugal donde se une un sistema de control difuso a un sistema muy peculiar de control concentrado, y donde se permite a las personas dirigirse al Tribunal Constitucional para cuestionar decisiones de los tribunales que impliquen una cuestión de constitucionalidad. Ciertamente, también sería necesario contrastar las experiencias europeas con las de sistema americano, donde las personas son ciertamente partes en el proceso, pero donde la admisión de los asuntos ante el Tribunal Supremo es estrictamente discrecional. Igualmente, resulta muy conveniente dar cuenta de la diversidad creciente que aportan los sistemas de justicia constitucional de los Estados de la Europa central y oriental<sup>3</sup>. Por ello, aunque las presentes consideraciones se hagan a partir de un cuadro que no es exhaustivo, sin embargo permite hacerse una idea de las principales orientaciones y problemas que hoy se pueden encontrar.

## I. EL POLILEMA<sup>4</sup> DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Se impone como punto de partida una precisión conceptual y terminológica. En primer lugar, lo que aquí llamamos «recurso directo» es un acto procesal por el cual una persona (física o jurídica), accede, sin intermediario, al juez constitucional para controlar la constitucionalidad de un acto. El reenvío prejudicial por un juez ordinario no es, por tanto, un recurso directo. En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, un recurso como éste no afecta necesariamente a una ley: algunos sistemas prevén un cuestionamiento de la ley sólo en una cierta medida y otros sistemas lo excluyen absolutamente. La diversidad de situaciones es lo que debemos analizar y situarlas en la arquitectura de los principios constitucionales.

Se sabe que la justicia constitucional conoce de un número siempre creciente de variantes. Nos podríamos contentar, y ya sería mucho, con referir aquellas que conciernen a los actos por los cuales las personas pueden dirigirse a un tribunal constitucional para proceder después, con conocimiento de causa, a una confrontación de costes y beneficios.

2 Los modelos alemán, austríaco, belga, español, portugués y suizo son objeto de un coloquio organizado en 199 por el «Groupe de Recherche sur la Justice Constitutionnelle», publicado en *Annuaire Internationale de Justice Constitutionnelle*, PUAM Economica, París, 1991.

3 A título de ejemplo: Albania, Hungría, Polonia, Federación Rusa, Eslovaquia o Eslovenia conocen recursos directos ante el juez constitucional, generalmente por vulneración de derechos fundamentales.

4 El término «polilema» si usa para designar un «dilema» que tiene más de dos alternativas contradictorias.

Pero lo más importante es que cada una de las configuraciones particulares de la justicia constitucional resulta de una articulación diferente de los principios estructurales del ordenamiento jurídico y su satisfacción integral y simultánea es lógica o empíricamente imposible. El lugar del individuo ante el juez constitucional es un resultado, no un punto de partida. Desde el punto de vista interno, cada tribunal constitucional aparecerá como un dato homogéneo o incluso como una «evidencia». Desde un punto de vista comparatista y, en consecuencia, externo se verá que cada sistema de justicia constitucional resulta de la articulación de datos a veces extremadamente diversos: una cierta idea del «Estado de Derecho», la garantía de los «derechos fundamentales», un principio «democrático». Estos elementos son a menudo fundidos en una concepción global de la «democracia constitucional» contemporánea. El estudio de los casos nacionales permitirá comprender que tal concepción es errónea o, al menos, demasiado general.

La discusión teórica se ha centrado durante mucho tiempo, y aún hoy, sobre la cuestión de la compatibilidad de la justicia constitucional y la democracia<sup>5</sup>. Esta problemática se ha abordado, sobre todo en la literatura reciente, bajo un ángulo político y normativo. Desde el punto de vista del análisis de los sistemas jurídicos, se podrá, al menos provisionalmente, aceptar que la justicia constitucional constituye en efecto una limitación de la democracia mayoritaria, directa o representativa, por la cual ciertas decisiones de la mayoría simple pueden ser anuladas por un órgano jurisdiccional en razón de una contradicción con prescripciones emanadas de la mayoría cualificada, cualquiera que sea el modo de cualificación y cualquiera que sea el modo de designación (democrático o no) de los miembros de esta jurisdicción. Poco importa el margen de las posibles variantes, el examen al que procede el juez concierne a la hipótesis de la conformidad entre varias categorías de normas de un mismo ordenamiento jurídico, siendo una de ellas considerada en este sentido como «superior» a la otra, de suerte que una contradicción con sus prescripciones

5 Una breve relación de una bibliografía que desde hace mucho ya es inmensa: a) Presentación teórica clásica del modelo americano: *The Federalist Papers* n.º 78; b) Presentación clásica del modelo austríaco de justicia constitucional: H. KELSEN, «Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit», *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 1928 (reproducido en *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, vol. 2, Viena, 1968, p. 1813 ss.; versión española de Rolando Tamayo y Samorán revisada por Domingo García Belaúnde: «La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)», *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* n.º 10 [2008], p. 3 ss.); c) Respuesta clásica frente al modelo austríaco y americano desde una perspectiva orleanista y autoritaria: C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, Duncker und Humblot, 1996 (reimpresión de la edición de 1931; traducción española de M. Sánchez Sarto, *La defensa de la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1983); d) Respuesta de Kelsen a Schmitt: H. KELSEN, «Wer soll der Hüter der Verfassung sein?», *Die Justiz* vol. 6, p. 5-56; (traducción española de R. J. BRIE, ¿*Quien debe ser el defensor de la Constitución?*, Tecnos, Madrid, 1995); e) Un clásico del reciente debate americano: J. H. ELY, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1980; f) Una contestación al modelo teórico kelseniano desde una perspectiva «realista»: M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, Presses Universitaires de France, París, 1994; g) una tentativa de una justificación «moral» del modelo americano aparece propuesta incidentalmente por R. DWORKIN, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford University Press, Oxford-Nueva York, 1996; h) una crítica «democrática» reciente de la justicia constitucional, principalmente americana: J. WALDRON, *Law and Disagreement*, Oxford University Press, Oxford, 1996.

permite y exige la destrucción de lo que aparece como deficiente. La generalización de la idea de que lo que es «inferior» en el orden de producción de las normas no sólo debe ser conforme a lo que le es superior, sino que además debe haber mecanismos de control jurisdiccional, (es decir, debe estar sometido a una obligación de proporcionar una justificación jurídicamente argumentada de sus conclusiones) constituye uno de los elementos de que lo que se llamará el *Estado de Derecho*<sup>6</sup>.

El Estado de Derecho exige un juez de la constitucionalidad al igual que exige un juez de la legalidad o de la «reglamentariedad» y así progresivamente. Pero de ningún modo requiere, en cuanto tal, que los destinatarios individuales de las normas del sistema puedan dirigirse al juez de la constitucionalidad. No obstante, el sistema más antiguo de justicia constitucional «a la europea», el sistema austríaco, prevé desde sus orígenes un recurso abierto a las personas. Históricamente, en efecto, el Tribunal Constitucional sucedió al Tribunal Imperial que tras la Constitución de diciembre de 1867 era el encargado de conocer las demandas contra los actos administrativos contrarios a las disposiciones de la ley fundamental del Estado sobre los derechos generales de los ciudadanos, uno de los elementos de esta misma Constitución. Las decisiones de esta jurisdicción eran únicamente declarativas. Es este órgano el que será renombrado como «Tribunal Constitucional» por la joven república austríaca y sus competencias serán rápidamente ampliadas y comprenderán la de casar los actos administrativos contrarios a los derechos garantizados por un texto constitucional. Este órgano será completamente rediseñado por la ley constitucional federal de 1 de octubre de 1920 que le conferirá la atribución exclusiva sobre todos los litigios que impliquen una cuestión de constitucionalidad, así como todo litigio relativo a la legalidad de un reglamento. El procedimiento contencioso-constitucional de los actos administrativos individuales es mantenido y sistematizado, pero las personas no pueden atacar directamente ni las leyes ni incluso los reglamentos. Corresponderá a otros órganos, en especial a las jurisdicciones de segunda y tercera instancia, así como al Tribunal administrativo o al propio Tribunal Constitucional presentar un recurso que pretenda un control concreto, al tiempo que sólo los órganos políticos podrán introducir demandas abstractas ante este juez para que examine una ley. Lo que se convertirá en el «modelo austriaco» resulta en realidad de la articulación de diversas concreciones del Estado de Derecho y de la protección de los derechos de los individuos.

Si se generaliza la idea de que la determinación de las libertades de los destinatarios del ordenamiento jurídico debe estar no sólo integrada formalmente en la Constitución, sino que además estas libertades deben estar garantizadas contra violaciones de parte de los órganos del «Estado», se construye el principio de lo que se

6 El Estado comporta otros elementos que importan menos a este propósito, como la reducción de la violencia a conflictos jurídicamente regulados y la determinación del ordenamiento jurídico. He esbozado una teoría más completa en O. PFERSMANN, «Prolégomènes pour une théorie normativiste de "l'État de Droit"», en O. JOUANJAN (dir.), *Figures de l'Etat de droit. Le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*, Presses Universitaires de Strasbourg, Strasbourg, 2001, p. 53-78.

llamarán aquí los «derechos fundamentales»<sup>7</sup>. El Estado de Derecho no implica en sí mismo de ningún modo la existencia de derechos fundamentales, pero si existen derechos fundamentales, éstos constituyen, por definición, más allá de cuál sea su contenido específico, un enriquecimiento del Estado de Derecho, puesto que tales derechos forman parte de las normas superiores y éstas deben prevalecer sobre las normas inferiores. Pero de ello no se deduce nada en relación a cuáles deban ser las vías por las cuales las personas lesionadas en sus derechos puedan encontrar un remedio. Los derechos fundamentales, entendidos en este sentido aún débil, según el cual se hallan formulados en textos de rango constitucional y protegidos contra violaciones imputables a la administración cuando actúe mediante actos (o mediante el ejercicio de un poder coactivo individualizado), no requieren, en cuanto tales una garantía a cargo de un juez competente para anular leyes (incluso si un juez anula, entre otras normas, leyes contrarias a las disposiciones constitucionales relativas a esos derechos). En esto consiste, precisamente, la originalidad del *primer*<sup>8</sup> modelo austríaco: articula la protección de los derechos fundamentales con la del Estado de Derecho constitucional atribuyendo ambas competencias a un único juez.

Pero, ¿por qué estos derechos fundamentales deberían ser protegidos únicamente contra actos o acciones imputables a la Administración? Una generalización del principio según el cual ciertas libertades deberían beneficiarse de una formulación y de una protección constitucional, exigiría también mecanismos que aseguren que, sea cual sea la violación producida, la misma pueda ser corregida. Los derechos fundamentales estarían así enteramente integrados *en* el Estado de Derecho. En todo caso, incluso así, no existe ninguna necesidad conceptual de que la atribución de todos estos controles se haga a una instancia jurisdiccional única que, por lo demás, también sería competente para examinar la constitucionalidad de las leyes.. Es justamente la concentración y la distribución de estas exigencias, lo que constituye la originalidad de los diferentes modelos de recursos presentados por las personas. A modo de ejemplo: el sistema español incluye el control de actos jurisdiccionales, pero excluye el de los reglamentos y las leyes; el sistema austríaco, incluye los actos administrativos, las leyes, los reglamentos y los tratados, pero excluye los actos jurisdiccionales; el sistema alemán incluye «todo acto de un poder público» y se pre-

7 La definición de los derechos fundamentales utilizada aquí es deliberadamente más vaga y, sobre todo, más débil que aquellas que hemos propuesto en «Esquisse d'une théorie des droits fondamentaux», en L FAVOREU *et al.*, *Droits des libertés fondamentales*, Dalloz, París, 2000, p. 89-140. La distinción esencial por relación con las «libertades públicas» se mantiene en el sentido de que estos derechos se benefician de un fundamento constitucional y no simplemente legislativo o proveniente de inefables «principios generales del derecho» inventados por el juez de lo contencioso-administrativo, pero siempre concebidos como provenientes del Derecho *legislativo* y no del Constitucional.

8 El vínculo procedimental entre ambos consiste en que el Tribunal podrá por sí mismo atribuirse el control de la constitucionalidad de una ley, si considera que las disposiciones legislativas utilizadas como fundamento de un acto administrativo inconstitucional son ellas mismas inconstitucionales. Tal y como se refleja en el trabajo de G. KUCSKO-STADLMAYER, el sistema austríaco actual ya no es el de 1920. Sus competencias han sido ampliadas a otros tipos de recursos (en especial, directamente contra la ley o el reglamento administrativo) así como a la posibilidad de *rebusar* el examen de recursos contra actos administrativos, aunque fueran admisibles.

senta, bajo este punto de vista, como el más omnicompreensivo. El sistema francés, por su parte, es un modelo diferente en ambos aspectos: los derechos garantizados por la Constitución son ciertamente de derechos que deberán ser respetados por el legislador, pero estos derechos no son susceptibles de ser invocados ante el juez que controla la ley por parte de las personas que se estiman lesionadas, dado que el acceso del individuo al juez constitucional está excluido<sup>9</sup>.

Esta no es la única especificidad del sistema francés. Todo ajuste entre Estado de Derecho y derechos fundamentales supone hasta el momento una concepción correctiva del Estado de Derecho: si existe una norma que obliga, permite o prohíbe algo distinto de aquello que le permite prever la norma que regula la producción de normas, entonces un procedimiento jurisdiccional debe permitir eliminar del sistema aquella norma. Pero, a la inversa, se pueden introducir mecanismos preventivos a fin de evitar la producción de nuevas normas deficientes. Tal concepción puede ser a su vez más o menos exhaustiva y puede estar más o menos articulada junto a una concepción correctiva del Estado de Derecho. Sin embargo, un sistema preventivo no implica de ningún modo, en tanto tal, ningún sistema correctivo<sup>10</sup>. Por el contrario, un sistema estrictamente preventivo excluye evidentemente la existencia de derechos fundamentales correctivos. El sistema francés constituye en ello un modelo.

En todo caso, cualquiera que sea la concepción adoptada, sigue siendo ampliamente abstracta. Que exista una conformidad preventiva o correctiva, que existan o no derechos fundamentales más o menos fuertes, incluso el hecho de que exista un control jurisdiccional, deja totalmente indeterminada la obligación de cumplimiento. La obligación de cumplimiento no es, en cuanto tal, la consecuencia inmediata del principio del Estado de Derecho, constituye un conjunto de operaciones más o menos complejas y sometidas a exigencias fácticas más o menos graves. No puede haber Estado de Derecho sin procedimientos correctivos o preventivos, pero no pueden existir tales procedimientos si no se prevén los medios de realizarlos. Ahora bien, es ahí donde intervienen necesariamente la elección entre opciones, porque todas las exigencias no pueden ser satisfechas simultáneamente. Si se considera que conviene adoptar una concepción fuertemente comprensiva y atribuir el control a un solo órgano jurisdiccional y si se estima que un órgano tal debe estar compuesto por un pequeño número de personas a fin de preservar una cierta unidad en su jurisprudencia

9 Ciertamente, los ciudadanos pueden acudir al Consejo Constitucional en cuanto que juez electoral y se podría decir con razón que el derecho de voto es un derecho fundamental. Pero no es un derecho constitucionalmente garantizado que pueda ser invocado en cuanto tal en este procedimiento. El juez electoral es un juez de la legalidad, es decir, de la concreción legislativa del derecho constitucional al sufragio activo y pasivo.

10 El «Estado de Derecho» (entendido como la exigencia de un ordenamiento jurídico coherente, relativamente determinado, preciso y con un concreción relativamente previsible, así como incluyente de la posibilidad de un control, confiado a órganos jurisdiccionales, sobre la conformidad de las normas inferiores con las superiores) es: «exhaustivo» cuando este principio se aplica a todos los elementos del ordenamiento jurídico; «correctivo» cuando se aplica sobre normas (generales o singulares) que ya están en vigor; y «preventivo» cuando se aplica a normas que están en curso de producción antes de entrar en vigor.

(lo que podríamos llamar la concepción «monomicrodicástica<sup>11</sup>»), entonces el mantenimiento de la concepción exhaustiva obligará a que el tiempo para la tramitación de los asuntos se convierta en una de las funciones de la ecuación relativa al número de asuntos presentados ante el órgano de control. Pero si se quiere evitar ese resultado, entonces debemos renunciar bien al principio «monomicrodicástico», bien a la concepción exhaustiva. Si se renuncia a esta concepción exhaustiva, con esa hipótesis queda limitado el Estado de Derecho y, más en concreto, el Estado de Derecho que incluye a los derechos fundamentales. Por otro lado, si se renuncia a la concepción «monomicrodicástica», tampoco se puede mantener la concepción exhaustiva porque ésta (la concepción exhaustiva) condiciona aquella (la concepción «monomicrodicástica») por definición. Por ello, tanto un principio «policicástico» cuanto un principio «macrodicástico» afectarán a la exhaustividad, y en consecuencia, al Estado de Derecho. En otras palabras, no hay más que una elección entre diferentes modos de limitar el Estado de Derecho.

Todos los sistemas están enfrentados a estos «polilemas»: qué aspecto del modelo conviene privilegiar en relación a otros y la necesidad fáctica de proceder a esta elección es tanto más dramática cuanto que todos los sistemas, salvo uno, se han dirigido desde un principio a satisfacer concepciones más exhaustivas, ligando fuertemente el Estado de Derecho a los derechos fundamentales. Paradójicamente, pues, los instrumentos orgánicos concretos para la realización del Estado de Derecho exhaustivo ponen de relieve las limitaciones de ese mismo Estado de Derecho: o bien su realización se desvanece en el horizonte, o bien deja de ser exhaustivo bien porque esa realización está limitada en cuanto tal, o bien porque se convierte en selectiva, o bien porque pierde su unidad.

## II. LA AMPLIACIÓN ALEATORIA DEL RECURSO CONTRA ACTOS INDIVIDUALES

Si las personas pueden presentar recursos, se advertirá de entrada que el concepto de «persona» está generalmente entendido de forma generosa como comprendiendo tanto las personas físicas como las jurídicas, a los ciudadanos y a los extranjeros. Los límites van retrocediendo, sin desaparecer del todo. Dado que por definición los extranjeros son excluidos de los derechos de ciudadanía activa, las cuestiones más problemáticas (aunque no conciernan al propósito de este trabajo) están ligadas al derecho a acceder al territorio. A las personas jurídicas se les excluye de estos derechos únicamente por su carácter artificial. La cuestión más problemática de todas concierne aquí al status de las personas jurídico-públicas. La doctrina

11 Con el término «monomicrodicástico» se designa un tribunal («dikasterion») que decide, en cuanto órgano jurisdiccional, en Pleno («mono») y que está compuesto de un pequeño número de personas («micro»). Por el contrario, el término «policicástico» alude al tribunal («dikasterion») que está compuesto de varias sub-formaciones (Salas, Secciones, etc.) y la palabra «macrodicástico» alude al tribunal que comprende un gran número de personas (las jurisdicciones ordinarias supremas son, en general, «polimicrodicásticas»). En consecuencia, una jurisdicción puede ser también monomicrodicástica o polimicrodicástica.

alemana niega que puedan beneficiarse de derechos fundamentales invocando su naturaleza estatal, pero el sistema alemán admite que no se trata de una cuestión de grado e incluso establece un recurso específico para los municipios, aunque no es ahora el momento de tratarlo.

En la aparición de los sistemas de justicia constitucional concentrada, la protección de los derechos ocupa el primer lugar, en el plano histórico, y el segundo, en el plano conceptual. Si la Constitución protege los derechos y si lo hace permitiendo a las personas dirigirse al juez constitucional, los beneficiarios son entonces también titulares (es decir, tienen un derecho de segundo orden a reclamar ellos mismos la protección de sus derechos de primer orden). Pero este acceso por definición sólo afecta a una parte de la Constitución. Ahora bien, son varias las opciones posibles según consideremos qué normas pueden impugnarse y cuáles son los modos de atribución de la competencia al Tribunal Constitucional: el recurso se puede ser admitido contra actos administrativos, contra decisiones judiciales, contra normas generales (reglamentos, leyes, tratados). La diversidad de situaciones aparece nítidamente en el modelo austríaco. El recurso ante el juez constitucional es ante todo un recurso contra actos administrativos, pues la «demanda individual» contra normas generales lleva otro nombre y sigue otras reglas de procedimiento, mucho más severas.

Lo que ante todo falta en el modelo austríaco es el recurso contra actos administrativos. Nacido en el contexto de la monarquía, es el ejecutivo quien es considerado como una amenaza potencial a los derechos fundamentales y no, hasta 1975, el legislador en cuanto tal. El cuestionamiento de la ley queda en principio reservado a los tribunales ordinarios o a las autoridades políticas. Tampoco el juez es considerado como un peligro para los derechos. Antes bien la idea tradicional es que la administración está sometida a órdenes, mientras que el juez decide de manera independiente y en Derecho y que lo que se necesita, en consecuencia, es un juez que proteja los derechos allí donde estaba ausente hasta entonces y no donde ya había intervenido. Por esta razón el sistema austríaco excluye las decisiones judiciales de los actos objeto de recurso.

La situación es enteramente distinta en Alemania y en España. En estos lugares la justicia constitucional es más reciente y el propósito del constituyente era mucho más exhaustivo. Este principio está claramente expresado por la ley fundamental que afirma proteger a la persona mediante el recurso constitucional contra la violación de sus derechos por el «poder público», cualquiera que sea la forma orgánica bajo la que este poder actúe. En España está clara la importancia de la concepción del recurso contra el juez como una de las percepciones dominantes de la justicia constitucional. El recurso contra actos administrativos no está, evidentemente, excluido, pero las prerrogativas del juez de lo contencioso-administrativo son mucho más fuertes y los actos jurisdiccionales de última instancia son impugnables ante el juez constitucional. Esto quiere decir que los tribunales constitucionales están integrados en la organización judicial, en la medida en que ambos están simplemente articulados en el sistema austríaco o en el italiano por la vía de un recurso de «ju-

risdicciones» con la vista en un control concreto. El recurso contra actos judiciales, ciertamente limitado a cuestiones de constitucionalidad, se convierte funcionalmente en la apertura de una nueva instancia judicial.

Mientras que estos sistemas ponderan de modo muy diferente el cuestionamiento de la constitucionalidad, los sistemas de estos tres países convergen en dos elementos. En primer lugar, en Alemania, Austria y España la inmensa mayoría de los asuntos y de la jurisprudencia concierne a la impugnación de actos individuales. La justicia constitucional es en estos modelos una justicia contencioso-administrativa o una jurisdicción extraordinaria. En segundo lugar, es en el terreno de la jurisdicción extraordinaria donde aparecen los procedimientos de admisión o rechazo de las demandas. Se trata de la limitación más fuerte que existe del Estado de Derecho exhaustivo puesto que los recursos no sólo están sometidos a requisitos de admisión, sino que además sub-formaciones del tribunal constitucional en cuestión pueden decidir (ciertamente, bajo determinadas condiciones) sin motivación o con una motivación enteramente estereotipada.

El recurso contra la ley o, más ampliamente, contra las normas generales que puedan violar los derechos fundamentales no existe en el Derecho Español, aunque existan tendencias jurisprudenciales conducentes a ampliar el ámbito del control en este punto. En Austria y en Alemania se admite el cuestionamiento de la ley, pero en Austria es algo enteramente distinto del recurso contra los actos administrativos, y en Alemania procede mediante un reforzamiento de los requisitos de admisión. En estos dos casos se trata de un recurso estrictamente subsidiario en el sentido de que no puede ser presentado más que después de haber agotado todos los recursos existentes. Esto muestra en qué medida predomina la concepción según la cual los derechos fundamentales resultan violados por actos individuales y pueden ser defendidos mediante recursos que cuestionen la concreción de las normas generales y no las normas generales en sí mismas. En efecto, la violación de un derecho por una norma general debe ser inmediata en el tiempo y directa en el plano normativo. Es decir, que para poder ser impugnada, una norma general no debe ser abstracta, sino que en sí misma debe ser una violación concreta de una libertad constitucionalmente protegida. Para decirlo de otro modo, es necesario que una norma general y abstracta no sea justamente abstracta en tanto que afecta directamente a sus destinatarios sin necesidad de concreción. Una ley o un reglamento resultan impugnables cuando se aproximan, hasta confundirse, a un conjunto de actos de concreción inconstitucionales. Una regla estrictamente abstracta, *una ley en sentido material*, no puede por consiguiente ser objeto de un recurso. El principio, por tanto, es no permitir un recurso más que contra normas generales de carácter *formalmente* legislativo o reglamentario, que se aparten de la exigencia constitucional de abstracción.

El sistema alemán que parece el más exhaustivo resulta aquí el más restrictivo pues para presentar el recurso impone unos plazos que no tiene el sistema austríaco. Esto es particularmente chocante por cuanto según la concepción alemana, una ley

no resulta simplemente anulada *pro futuro* en caso de inconstitucionalidad, sino declarada nula de pleno derecho y por ello privada de validez *ab initio*<sup>12</sup>.

La exigencia de concreción parece de tal severidad que podemos preguntarnos si tal recurso puede llegar a darse en la realidad y algunos pueden ver en él algo tan insignificante y limitado que dudarán de la utilidad de la existencia jurídica de tal procedimiento. A parecidos interrogantes conduce la jurisprudencia, extremadamente severa, de los tribunales alemán e italiano que sólo reconocen la admisibilidad de un número ínfimo de demandas y no estiman sino una minúscula parte de las bienaventuradas demandas que han cruzado el primer filtro.

Estas consideraciones llevan a realizar tres observaciones. En primer lugar, el recurso existe sin duda en términos jurídicos, lo que no resulta afectado por la frecuencia empírica de su uso y por el hecho de que la elaboración de la demanda, por ser restrictiva, tampoco es una simple descripción de un hecho imposible. En segundo lugar, algunos de estos recursos han tenido una incidencia considerable sobre el ordenamiento jurídico: la legislación sobre los horarios comerciales o la prohibición de las ventas a pérdidas<sup>13</sup> constituyen ejemplos célebres de ello. En tercer lugar, la tradición francesa, fundamentalmente opuesta a la introducción de la posibilidad de este tipo de cuestionamiento de la ley, ya promulgada, en general, y a un recurso individual, en particular, conoce desde hace mucho y de forma completamente regular (empíricamente) el cuestionamiento por las personas de normas generales reglamentarias, a veces muy importantes, por la vía del recurso por desviación de poder ante el juez de lo contencioso-administrativo. En fin, la apreciación del recurso directo contra normas generales (ley, reglamento, tratado) en términos de política constitucional, constituye una elección entre los datos que son componentes<sup>14</sup> del Estado de Derecho exhaustivo. Desde este punto de vista, el recurso subsidiario contra la ley que viole directamente derechos constitucionales garantizados a las personas constituye una concreción del principio del Estado de Derecho exhaustivo y correctivo. Los riesgos ligados a la realización del mismo se hallan limitados a los casos en los que la legislación produce efectos inmediatos y concretos sobre las situaciones jurídicas de las personas; son estructuralmente débiles puesto que las normas generales y abstractas presentan raramente tales efectos concretos.

### III. EL DEBILITAMIENTO DEL ESTADO DE DERECHO EXHAUSTIVO

Los diferentes recursos directos constituyen derechos accesorios de los derechos fundamentales de las personas en los sistemas con un Estado de Derecho exhaustivo y

12 Este principio padece, por lo demás, múltiples excepciones y modulaciones porque esta nulidad estricta no se opone, por ejemplo, a la validez (que sería entonces retroactiva) de las normas individuales que hayan tenido como fundamento las disposiciones legislativas en cuestión. El conjunto de reglas relativas a la verificación de la conformidad constitucional de las normas de grado inferior constituye el modelo particular del Estado de Derecho y no la proclamación de un principio general que apenas da una indicación sobre los objetivos o la ideología.

13 Para más detalles sobre este punto, véase nuestra crónica de jurisprudencia constitucional en *Annuaire Internationale de Justice Constitutionnelle* 1990, París, 1992, p. 461-486.

14 El término «componentes» designa aquellos datos que son simultáneamente realizables en un conjunto dado.

correctivo<sup>15</sup>. Estos recursos, por definición, están ausentes en los sistemas preventivos y, en consecuencia, en el sistema francés. El Consejo Constitucional francés, confrontado a un creciente número de asuntos en los últimos años, no puede hacer frente al conjunto de eventuales aplicaciones deficientes de las exigencias constitucionales que pretenden tratar los sistemas correctivos. La sobrecarga del juez constitucional francés está materialmente limitada por la capacidad del Parlamento para legislar y hasta ahora ha podido respetar los estrictos plazos que le son impuestos sin alterar fundamentalmente su modo de funcionamiento. Por el contrario, todos los tribunales del modelo correctivo están confrontados a fenómenos de saturación que pueden llegar al cortocircuito como se ha producido en Austria cuando el Tribunal ha debido recibir 11.000 recursos en apenas unos días<sup>16</sup>. Evidentemente, es imposible saber qué ocurriría exactamente si se introdujeran elementos correctivos en el sistema francés y menos aún qué ocurriría si las personas pudieran presentar *directamente* demandas contra normas *legislativas* inconstitucionales. Es cierto, sin embargo, que tal modificación es incompatible con el sistema «monomicrodicástico» actual como es igualmente cierto que este sistema es, en cuanto tal, incompatible con un principio de Estado de Derecho exhaustivo en un ordenamiento jurídico de complejidad igual o superior a los de los ejemplos analizados en este trabajo.

Los tribunales correctivos se encuentran todos ellos en una situación de asfixia estructural que, en todo caso, aún no ha alcanzado el punto culminante pero que transforma de modo insensible el sistema de protección jurídica. La situación presente del recurso individual, en sus diversas variantes, presenta tres cualidades: debilitamiento y «aleatorización» del derecho fundamental accesorio de recurrir, abandono progresivo del principio «monomicrodicástico», mantenimiento ideológicamente debilitado del Estado de Derecho exhaustivo y correctivo.

Tomado en relación con su construcción originaria, el derecho fundamental accesorio a los recursos se debilita progresivamente en la medida en que se refuerzan los mecanismos de aceptación discrecional a veces calificados como «filtros». Ahora bien, este derecho constituye uno de los dos elementos fundacionales de la justicia constitucional europea. El acceso al juez no resulta así de la aplicación estricta de reglas de admisión, sino de una evaluación subjetiva de la importancia o del perjuicio que lo convierte en ampliamente aleatorio<sup>17</sup>. El resultado es, curiosamente,

15 Cfr. *supra*, nota 10.

16 Cfr. la exposición del presidente L. ADAMOVIČH, en *Cabiers du Conseil Constitutionnel* n.º 7 (1999), pp. 55-60.

17 La escuela realista francesa argüirá aquí que toda decisión es discrecional porque el juez siempre decide discrecionalmente sobre la aplicación de las reglas que le vinculan estrictamente. Esta discrecionalidad consiste en *negar* las diferencias entre estructuras normativas *diferentes* viendo en ellas como normativo sólo las decisiones del caso concreto. Si se prosigue el razonamiento no existe, como tal, ninguna diferencia entre los diferentes sistemas de protección jurídica. Ahora bien, aquí nos interesamos precisamente en esas diferencias entre estructuras de reglas en cuanto que las mismas regulan normativamente las decisiones. Desde este punto de vista la cuestión de saber si estas reglas son aplicables se convierte en una cuestión fáctica cuyo resultado puede ser objeto de un análisis jurídico con respecto a las reglas que los jueces tienen el deber (jurídico) de aplicar. Si la regla permite decidir sin justificación, el examen se resume en el análisis de la regla de producción.

pero sólo a primera vista, más favorable en el caso del recurso directo contra la ley en Austria, donde las condiciones de admisión son, como en Alemania, muy severas, pero donde no existe, para esta clase de litigios, un procedimiento específico de admisión o de rechazo. El carácter aleatorio resulta aquí de la ausencia relativa de coherencia jurisprudencial, a veces más generosa, a veces más restrictiva, incluso si algunas grandes líneas se desprenden de una aplicación de las reglas constitucionales después de más de veinte años.

El principio «monomicrodicástico» está generalmente debilitado en la medida en que todos los tribunales se han dotado de infraestructuras de división vertical del trabajo, en la que los jueces se reservan para ellos la función de decidir, pero donde la preparación de los asuntos queda, cada vez más, en manos de juristas que no tienen el estatuto de juez<sup>18</sup>. En Alemania este proceso ha franqueado ya un importante límite: la decisión de admisión, tomada por una simple sección de tres jueces, sin motivación en caso de unanimidad, debe estar precedida de un examen por los funcionarios no jueces que notifican al demandante que su recurso está desprovisto de oportunidades de éxito. De 1951 a 1997 ¡185.814! casos fueron eliminados de esta manera. La disociación entre la preparación extrajudicial y la decisión jurisdiccional puede ser llevada muy lejos, pero no se podría esconder el hecho de que toda preparación de efecto selectivo corresponde funcionalmente a la misión jurisdiccional y que su delegación constituye, en consecuencia, un abandono del principio «monomicrodicástico». Se quiera o no el mantenimiento del principio «monomicrodicástico» formal acompaña una evolución imperceptible, pero real, hacia el modelo americano (no, ciertamente, en lo relativo a la distancia entre control concentrado y control difuso) de selección de grandes casos cuya solución podría reforzarse con efectos estructurantes más importantes, lo que modificaría fundamentalmente a medio-largo plazo el sistema de protección jurídica constitucional europeo.

Estos dos deslizamientos progresivos coexisten con el mantenimiento de los textos constitucionales fundacionales que aún prometen, sobre todo en los casos alemán y español, un Estado de Derecho integralmente exhaustivo y un derecho fundamental accesorio al recurso inalterado en principio. Se asiste así a modificaciones que no están claramente asumidas en la formulación de las normas constitucionales. Ahora bien, los problemas resultantes de la incompatibilidad entre las exigencias de los diferentes aspectos del Estado de Derecho no van a disminuir, evidentemente, sino que, al contrario, van a aumentar hasta alcanzar nuevos umbrales de disfuncionamiento. Habrá, por tanto, un contraste cada vez más importante entre la afirmación del principio exhaustivo y el perfil concreto del Estado de Derecho.

18 Esta evolución puede ser seguida en detalle para el caso austríaco en mi estudio «Les méthodes de travail du juge constitutionnel autrichien», en *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol. VIII (1992), Economica, París 1994, p. 179–214. Estas observaciones son ampliamente extensibles a otros tribunales de tipo correctivo. Por el contrario, las otras jurisdicciones supremas emprenden en general la vía inversa: se convierten cada vez más en «polimarcodísticas».

#### IV. PRECISAR LAS PREFERENCIAS

¿Resulta indicado, desde un punto de política constitucional, relanzar los proyectos de reforma franceses para introducir elementos correctivos y recursos directos, estrictamente encuadrados, contra las leyes? ¿Pueden formularse pistas para el interminable debate sobre el desatascamiento en los sistemas de Estado de Derecho exhaustivo-correctivo?

Esta problemática no podría, seriamente, ser abordada en unas pocas líneas. Las informaciones disponibles sobre algunos sistemas contribuyen a que tal debate, evidentemente necesario, se desarrolle a partir de informaciones jurídicas y empíricas seguras. Nos contentaremos por ello con hacer dos observaciones conclusivas: la primera resultante del análisis de las experiencias nacionales; y la segunda, formulada como una tesis sin demostración, con vista a futuras discusiones: «toda proposición de modificación de los mecanismos de protección constitucional debe tomar en cuenta los condicionantes que pesan sobre la compatibilidad de las exigencias normativas». Ahora bien, a la vista del imperativo de realización concreta del cumplimiento de la conformidad del ordenamiento jurídico con sus principios estructurales, esto implica una articulación explícita y no ideológica de las preferencias que se intentan satisfacer, así como se asume sinceramente decir adiós a un Estado de Derecho integral fácticamente irrealizable.

Si se considera, *bajo estas condiciones*, que una de las aportaciones principales del control de la constitucionalidad correctivo consiste en que dispensa al ciudadano de confiar en que los demás respetarán o harán respetar sus derechos (la ilusión del «no poder hacer mal») y que otorga un derecho accesorio y subsidiario, aun frágil y estrictamente regulado, a que él mismo cuestione la conformidad de la ley de la que los demás no se han preocupado, el recurso directo contra la ley (sin plazos, pues a menudo son las leyes antiguas las que se apartan de las exigencias constitucionales más recientes), constituiría un reforzamiento de los derechos fundamentales y una democratización cívica de la justicia constitucional. Su mantenimiento parece necesario en el caso alemán y en el austríaco donde el derecho fundamental accesorio al recurso se debilita necesariamente en lo que concierne al control de constitucionalidad de los actos individuales (administrativos o jurisdiccionales). Su introducción podría ser benéfica en Francia donde los derechos fundamentales disocian de modo estricto a los beneficiarios de los titulares, con la condición de que se asuman sin ambages las condiciones para realizar ese recurso individual.

\*\*\*

TITLE: *Directation: between legal protection and objective constitutionality.*

ABSTRACT: *The possibility for individuals to have a «direct action» to challenge the norms of the legal system before the judge of the constitutionality is not a necessary element of the constitutional Rule of law. The institution «fundamental rights» does not require, as such, that the judge of the constitutionality of the parliamentary statutes should grant their protection. What allows distinguishing the different models is the degree of the concentration and distribution of these basic tasks: protection of the fundamental rights, constitutional judicial review. This depends upon various factors: how exhaust the constitutional judicial review should be, what kind of*

*constitutional supervision may be (preventive or corrective), the number of the organs charged with this task, and the number of its components. The question of the limitation of the Rule of Law is risen, because the more exhaustive its implementation is intended, the less intense, generating a paradoxal weakness of the fundamental right and the completeness principle. A phenomenon appears: the mutation of the «monomicrodistic» principle and the completeness of the constitutional judicial review.*

RESUMEN: *La posibilidad de que los individuos dispongan de un «recurso directo» para cuestionar normas del sistema jurídico ante el juez de la constitucionalidad no constituye un elemento necesario del Estado constitucional de Derecho. La institución de los «derechos fundamentales», no requiere, en cuanto tal, que la protección de los mismos deba corresponder al juez de la constitucionalidad de las leyes. Lo que permite distinguir los diferentes modelos es el grado en que concentran y distribuyen estas tareas (protección de derechos fundamentales y control de constitucionalidad de la ley, básicamente). Esto depende de varios factores: el grado de exhaustividad del control de la constitucionalidad de las normas, el tipo de supervisión (preventivo o correctivo), el número de órganos encargados del control y el número de componentes del mismo. Se plantea así el problema de la limitación que aqueja al Estado de Derecho, pues cuanto más exhaustiva pretende ser la realización del mismo, menos intensa resulta produciendo un paradójico debilitamiento del derecho fundamental y del principio de exhaustividad. Asistimos, pues, a una mutación del principio «monomicrodístico» y exhaustivo de jurisdicción constitucional.*

KEY WORDS: *rule of Law, judicial review, fundamental rights.*

PALABRAS CLAVE: *estado de derecho, jurisdicción constitucional, derechos fundamentales.*

FECHA DE RECEPCIÓN: 20.06.2013

FECHA DE ACEPTACIÓN: 30.07.2014